

A. I. N° - 206825.0062/11-9
AUTUADO - EUROEXPRESS COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET 10.02.2012

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0011-05/12

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA QUANDO EXIGIDO MEDIANTE INTIMAÇÃO. MULTA. Comprovado que o contribuinte apresentou, dentro do prazo estipulado, os arquivos magnéticos corrigidos das inconsistências, com exceção dos meses de abril e maio de 2007. Exigência subsistente em parte. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/09/2011, exige a multa, no valor de R\$ 39.168,98, sob a acusação de o contribuinte ter deixado de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, referentes aos meses de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, conforme documentos às fls. 9 a 129 dos autos.

Foi consignado no campo “Descrição dos Fatos” que: “*Entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95 configurando-se, conforme previsão do § 6 do art. 708-B do RICMS-BA, como não fornecimento de arquivo magnético, implicando nas multas capituladas no art. 42, da Lei nº 7.014/96, inc. XIII-A, alínea “g” para o período de 01/01/2006 a 31/10/2007, em razão da alteração proveniente da Lei nº 9.159, de 09/07/2004 e alínea “j” para o período de 01/11 a 31/12/2007 em razão de alteração proveniente da Lei nº 10.847 de 27/11/2007.*”

Ainda foi gravado no referido campo “Descrição dos Fatos” que: “*Destarte, o crédito tributário foi calculado da seguinte forma: para o primeiro período citado foi aplicado o percentual de multa equivalente a 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração e, para o segundo período, foi cobrado o valor fixo de R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) por mês mais 1% (um por cento) do valor das saídas contabilizadas em cada período de apuração, implicando na exigência ex officio de R\$ 32.650,51 (trinta e dois mil, seiscentos e cinqüenta reais e cinquenta e um centavos) para o primeiro período (1% da base de cálculo de R\$ 3.265.051,11) e de R\$ 6.518,47 (seis mil, quinhentos e dezesseis reais e quarenta e sete centavos) para o segundo período (R\$ 1.380,00 x 2 mais 1% da base de cálculo de R\$ 375.846,97) resultando em um valor total de crédito tributário de R\$ 39.168,98 (trinta e nove mil, cento e sessenta e oito reais e noventa e oito centavos).*”

O autuado, às fls. 137 a 146 dos autos, através de seu advogado, apresenta impugnação ao lançamento do crédito tributário, na qual, preliminarmente, aduz que, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, estariam, tacitamente, homologadas todas as ilações lançadas de ofício inerentes aos meses de janeiro a abril de 2006, cujos fatos geradores ocorreram a mais de cinco anos do referido lançamento. Salienta ainda que, apesar do art. 90 (?) do RICMS/BA dispor de modo diverso, ampliando o prazo estabelecido pela Lei Complementar (CTN), tal disposição padece de inequívoca inconstitucionalidade, vez que, nos termos do art. 146, III, “b”, da Constituição Federal, a decadência do direito de lançar é matéria privativa de lei complementar. Cita doutrina, jurisprudência do STF e pugna que seja reconhecida a ocorrência da homologação tácita.

No mérito, ressalta que, das palavras do autuante, percebe-se que em verdade o Auto de Infração se lastreou na equivocada premissa de que os arquivos magnéticos, solicitados e tempestivamente entregues, se revestiam de supostas inconsistências e que não estariam de acordo com a regulamentação do ICMS. Contudo, tal fato foi erroneamente tipificado como não fornecimento

dos arquivos magnéticos, estando assim o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j”, do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Registra, ainda, que as diferenças encontradas nos levantamentos quantitativos, ocorreram em virtude da alegada inconsistência dos arquivos magnéticos apresentados e não na sonegação do recolhimento do ICMS, fato este comprovado pelo próprio relatório anexo ao Auto de Infração. Em outras palavras, é clarividente que em nenhum momento houve prejuízo ao Erário.

Salienta que, conforme a documentação anexa à impugnação, resta mais do que demonstrado a inexistência das omissões/inconsistências apontadas no relatório fiscal no que concerne as supostas falta de detalhamento exigido pela legislação, o que conforme afirmado pelo autuante impossibilitou a leitura de modo a determinar os reais valores das operações mercantis realizadas.

Diz que, o que de fato ocorreu e que ensejou que a auditoria verificasse o possível recolhimento menor do ICMS, é na verdade o enquadramento de um mesmo produto com códigos diferentes, tendo como exemplo citado no próprio relatório fiscal da mercadoria “Eletro Eletrocirúrgica de Ressecção A” que aparece no sistema registrada 5 vezes com códigos diferentes.

Afirma que, verificada tal situação, não ocorreu qualquer espécie e penalidade sob a guarda das omissões encontradas em razão da auditoria realizada. Assim, o que ocorreu foi a constituição do crédito tributário de acordo com o que preceitua o § 6º do art. 708-B do RICMS/BA, cominada com multas capituladas no art. 42, inciso XIII, da Lei nº 7.014/96. Diz inexistir a infração imputada. Tece comentário acerca do princípio constitucional da boa-fé.

Diz ser importante lembrar, apenas por amor ao debate, que mesmo na hipótese da existência das inconsistências apontadas pelo autuante nos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte, estes se referem supostamente apenas aos meses de novembro e dezembro, sendo, por tal motivo, totalmente descabida a cominação de multa no valor máximo previsto no art. 708-B do RICMS.

Por fim, pede que seja declarada a decadência nos moldes requeridos, no que concerne aos meses de janeiro a abril de 2006; seja julgado improcedente o Auto de Infração, por tudo exposto na impugnação, e pela utilização de todos os meios de prova.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 367 a 369 dos autos, ressalta que, no caso do ICMS no Estado da Bahia, o prazo de cinco anos para se registrar o feito da decadência não deverá ser contado a partir da ocorrência do fato gerador e sim, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, pois, nesse sentido, existe disposição no ordenamento que assim determina, haja vista a Lei nº 3.956/81, que institui o Código Tributário da Bahia, mesmo alterada por leis subseqüentes, no seu art. 28, caput, mais § 1º, preceituou, o que foi seguido no art. 965, I, do Regulamento do ICMS. Portanto, a posição do defendant não encontra respaldo no ordenamento tributário pertinente à matéria.

Quanto às alegações de que as diferenças encontradas ocorreram em razão da inconsistência dos arquivos magnéticos apresentados, afirma o autuante que as mesmas só fazem corroborar com o entendimento de legitimidade da cobrança ex officio, haja vista o que preceitua o § 6º do art. 708-B do RICMS/BA, o qual prevê que: “*A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, de 04/12/96.*”

Por fim, opina pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de decadência relativa aos créditos exigidos nos meses de janeiro a abril de 2006, sob a alegação de que os fatos geradores ocorreram a mais de cinco anos do lançamento, pois decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...*”, a legislação pertinente no Estado da Bahia, insita no § 1º do art. 28

da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), fixou *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário*. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração em 22/09/2011, não havia operado a decadência do direito de o Fisco baiano constituir o crédito tributário relativo ao citado período.

No mérito, o próprio contribuinte confessa que os arquivos magnéticos foram apresentados com inconsistência, a exemplo do enquadramento de um mesmo produto com códigos diferentes. No entanto, diz que, mesmo na hipótese das inconsistências, estas se referem supostamente apenas aos meses de novembro e dezembro. Contudo, entende que, tal fato, foi erroneamente tipificado como não fornecimento dos arquivos magnéticos.

Por outro lado, conforme consignado no Termo de Encerramento de Fiscalização, às fls. 121 a 129 dos autos, as diferenças encontradas nos levantamentos quantitativos decorreram da entrega dos arquivos sem o nível de detalhamento exigido na legislação, o que impossibilitou a sua leitura de modo a determinar as reais quantidades de movimentação das mercadorias, tendo o autuado o prazo de quarenta e seis dias, do início da ação fiscal, para corrigir as inconsistências apuradas, tendo o contribuinte recebido os relatórios de inconsistências de dados dos arquivos magnéticos dos exercícios de 2006 e 2007, para fins das devidas correções.

Assim, diante de tais fatos, aduz o autuante que as omissões encontradas na auditoria de estoque não foram cobradas restando, entretanto, a obrigatoriedade constituição de crédito tributário de acordo com o que preceitua o § 6º do art. 708-B do RICMS/BA, por *configurar como não fornecido* os arquivos magnéticos entregues fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando-se o contribuinte à penalidade prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para o período de 01/01/2006 a 31/10/2007 e da alínea “j”, do mesmo dispositivo legal, para o período de 01/11/07 a 31/12/07, em razão da alteração proveniente da Lei nº 10.847/07.

Sendo assim, uma vez comprovado o descumprimento da obrigação tributária acessória, cujos dados escriturais são de importância relevante para a SEFAZ no controle e acompanhamento do contribuinte e da sua arrecadação, submete-se a penalidade acima prevista.

Porém, da análise das peças processuais, verifico que o contribuinte foi intimado para correção das inconsistências dos arquivos magnéticos em 9/06/2011 (fls. 9/10), contudo só em 1º/07/2011 lhe foi entregue os relatórios das inconsistências (fl. 14). Sendo assim, vislumbro que a contagem do prazo de trinta dias, previsto no § 5º do art. 708-B do RICMS/BA, só deveria iniciar a partir da consolidação da aludida intimação com a entrega dos relatórios das inconsistências, prevista no § 3º do art. 708-B do RICMS/BA, ocorrida em 1º/07/2011. Em consequência, o prazo final para apresentação dos arquivos magnéticos corrigidos das inconsistências seria de 02/08/2011.

Como o sujeito passivo apresentou, em 25/07/2011, portanto, dentro do prazo acima estipulado, retificação aditiva dos arquivos magnéticos, inerentes aos meses de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, conforme provam os documentos às fls. 158 a 204 dos autos, os quais consignam a recepção de todos os Registros “sem Advertência”, com exceção apenas dos meses de abril/07 (com advertência nos Registros 50 e 54) e de maio/2007 (com advertência no Registro 50), que confrontados com as listas das inconsistências, às fls. 357 e 358, se comprova a efetiva correção dos arquivos magnéticos, com exceção dos meses citados, cabe a penalidade aplicada apenas nos meses de abril e maio de 2007, nos valores de R\$ 1.014,87 e R\$ 1.696,74, respectivamente.

Contudo, verifico que existe um erro material na presente autuação, que deve ser corrigido nesta oportunidade, referente à data da ocorrência e de vencimento dessa infração, pois, nos casos em que se atribuiu ao contribuinte a falta de cumprimento de determinada intimação, aplicando-lhe a respectiva multa, só se considera ocorrida à infração no primeiro dia útil subsequente ao termo final do prazo fixado pela autoridade fazendária competente, haja vista que, antes ou durante o prazo, por óbvias razões, não há descumprimento da intimação e, portanto, não há infração. Nesse sentido, inclusive, dispõe a Orientação Técnica da GEAFI 003/2005, item 6, a saber:

“6 – Caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão do não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencia, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

6.1 – Na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do Auto de Infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com correção dos erros indicados.

6.2 – Tratando-se de infração relacionada à omissão de informação ou divergência mencionadas nos subitens 1.1 e 1.2, os campos ‘data de ocorrência’ e ‘data de vencimento’ do Auto de Infração, deverão ser preenchidos com a data de envio do respectivo arquivo.”

Assim sendo, como o termo final da intimação para correção das inconsistências só ocorreu em 02/08/2011, somente em 03/08/2011 considera-se existente a infração, devendo esta data constar dos campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” de toda autuação.

Do exposto, voto o Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**, no valor de R\$ 2.711,61, com data de ocorrência e vencimento de 03/08/2011.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206825.0062/11-9, lavrado contra **EUROEXPRESS COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no total de **R\$2.711,61**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de janeiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR